

## パレンス・パトリエ思想の再検討

渡 辺 則 芳

### 目次

- I はじめに
- II アメリカ少年裁判所成立とその批判
- III パレンス・パトリエ思想の源流
- IV 我国の少年処遇
- V 少年年令
- VI 学校教育における学生処分
- VII おわりに

### I はじめに

少年法の基本思潮として、刑事政策的潮流とパレンス・パトリエ（国親）思想とがある。周知の如く、刑事政策的潮流は19世紀中頃からの人間諸科学の発達を背景にした犯罪者自身とその取扱いに対する人間的理解のもとに、成人犯罪者と少年犯罪者を区別し、可塑性に富む少年に対しては教育による方法をもって個別的に処遇することが社会復帰を容易にし、社会防衛の目的にもかなうものであると考えるようになった。この潮流は刑法理論において教育刑論、「保安処分」の思想を生み、特に欧州諸国で発展していく。

もう一方のパレンス・パトリエ思想はアメリカにおいて展開された。世界で最初の少年裁判所が成立したのは1899年イリノイ州においてであった。手続上の形式性を避け、非行少年の問題を実質的にとらえ、対策を考えていこうとするこの少年裁判所がアメリカ全土に成立する前後の時期に、それが発

展し成熟するうえで、種々の抵抗、攻撃に出会った。大きく分けて、一つはデュー・プロセスを重視する立場から、もう一つは親子関係にどこまで国は介入する権利があるのかとする立場から、少年裁判所制度は憲法違反ではないかとの疑問が提示され、多くの訴訟が提起された。こういった状況の中で、少年裁判所運動家および国はその批判に答えるべく、イギリスの衡平法思想に由来するパレンス・パトリエ思想を戦力としたのである(TAPPAN P., JUVENILE DELINQUENCY, 1949)。イギリスにおいてはコモンロー上、犯罪少年に対して厳しい手続と処刑に臨んでいたが、良心の府としてのチャンセラー(大法官)は、形式性からする欠陥をカバーすべく、少年の個別具体的事情を審問するために身らの部屋に少年を呼び入れ、「少年が何をしたか」ではなく「少年に何が問題であるか」、「少年のために何が一番よい方法か」を考えて具体策を決定したという、すなわち児童の福祉・教育を主眼とした思想である。

我国の少年法制度は基本的に刑事政策的思潮を受けついだものと説かれる(少年法、団藤・森田)。故牧野英一博士は旧少年法成立の際に新派の教育刑論が実ったと喜ばれたという。あるいはまた、多くの著書の中で保護処分は保安処分的一种として説明されている。小川太郎博士は次のように述べる。「保安処分においては、危険性を排除するということと、保護的指導を与えるということとは、表裏をなしている」。しかし、小川博士は欧米での少年制度の歴史をみて次のように説かれる。「少年に対する保安処分は、その実質においては……今日の保安処分の先駆的存在であった。しかし、形式上、保安処分であるとの観念が発達してきたのは、比較的近時に属する」。そしてドイツでは1919年刑法草案の少年に対する教育処分が、独立に少年裁判所法ということになると、再び保安処分という言葉にとらわれなくなり、我国少年法においても同様である、と博士は説明される。(小川太郎、自由刑の展開)

本論文では保安処分の概念を検討することが目的ではない。少年保護制度は単純に刑事法的視点のみでは割り切れないものがある。過去の歴史的経緯と現状を検討し、将来どのような視点でもって少年問題に対処していかなけ

ればならないかを検討しておく必要があると思われる。確かに、現状において多大の困難が少年を取り巻いている。しかし、困難を乗り越える真の方法は理念、法制を後退させてすむことではない。単に、法の改正（改悪？）することで満足するようでは夢がないし、少年に夢を与えることはとうてい出来ない。本論文では少年保護思想のイデアルタイプを探求し検討していく。

## Ⅱ アメリカ少年裁判所成立とその批判

犯罪・非行を犯した少年を成人犯罪者と区別して処遇する方法は歴史上、アメリカに始まったわけではないが、手続の全過程にわたって少年と成人を区別して扱うことを始めたのはアメリカ少年裁判所がその最初であると思われる<sup>(1)</sup>。そして、広範な努力がなされるに比例して、そこではまた批判（疑問）も沢山提出されている。本章では周知のところであろうが、少年裁判所の成立とそれに対する批判を概観する。

1 (a)アメリカでは、イギリス・コモンローの影響のもとで犯罪少年に対しては厳しい処置を行っていた。少年は7才未満の場合に刑事責任能力なしと考え、7才～14才では重罪（felony）については行為能力なしとの推定をされてはいたが、審理において善悪の判断能力ありと認定されたならば、成人と同様の処罰を受けるような状態であった。成人と一緒に留置場、監獄に入れられた少年が犯罪学校と化した施設の中でどのような影響を受けたか、想像に難くないし、当時の人々にも同様に感じられたであろう。また厳しい処罰を逃れるために少年達が、法廷において卑屈な態度をとったり、内心は行為についての反省とはほど遠いところにあった。このような状況の中で、1824年ニューヨークにおいて House of Refuge（保護所）という私立の施設がつくられた<sup>(2)</sup>。それは罪を犯した少年に対して定期の刑を宣告することを止めて、その成年に達するまで、成人と分離して矯正教育を施した。1826年にはボストンに市立の House of Reformation, 1828年にフィラデルフィアに私立の House of Refuge が創設された。これらの施設には非行少年のみな

らず、孤児や貧困少年、虞犯行為を行なった少年を収容し、施設の長達には犯罪と貧困の防止をしているのだという自負があった。その後 House of Refuge は整備、拡張されていく。そしてその発展したものが1848年マサチューセッツ州において州立の感化院（Reformatory）として設立され、監獄収容の代替処分として使用されるようになった。

(b)刑事施設における惨状をみて、有害なる施設送致を避けるもう一方での試みは施設に収容せずに善導、教育する方法となって現われる。その慣行はアメリカで17世紀に現われていると言われるが、現在のプロベーションは1841年ボストンの靴屋ジョン・オーガスタスの仕事に始まるとされている。彼はたまたま傍聴していた裁判で人のよさそうな酔ばらいが判決を言渡されようとする際に、黙っているに忍びず、自分を保証人としてその男を預けるよう裁判官に申立てた。そして三週間という期間仕事の手伝いをさせながら、指導・監督をし、みちがえる程の人間にして約束通り出廷させた。裁判官は1セントの罰金という名ばかりの刑を言渡して、その男を釈放したというのである。この後18年間にわたってジョン・オーガスタスは少年、婦人犯罪者、一般犯罪者にまで手を挙げ、面倒をみたのである。この裁判所の慣行の成功は各州に影響を与えた。例えば、1869年マサチューセッツ州では、プロベーションを少年にも適用し、1878年には制度化され、1891年には全州に統一施行されるに至った。

さて、プロベーションの採用によって少年犯罪者の刑の宣告を猶予し、裁判所の監督の下に置く、と同時に少年をその取調の間、成人と分離して留め置くというディテンション（detention）の制度も確立した。これらの実務の整備・拡張の過程で、裁判所は自らのプロベーション・スタッフ、ディテンション・ホーム、その他少年保護業務に必要な備えを畜積していった。このような流れは少年の審理そのものを成人と分離して行なうという制度に発展していった。

(c)19世紀アメリカは産業革命を経て農業国から工業国へと資本主義発達途上にあった。豊かなる社会へ進む中で、貧富の差が拡大していった。当然、



労働問題が深刻な問題となり、同時に婦人問題が顕在化していく。婦人問題は家庭問題、少年問題とその底では結びついているわけで、少年裁判所運動にあって婦人団体の貢献は見逃すことができない。施設での成人の分離と、逮捕・補導から取調、法廷審理における分離とを結びつけ一貫した手続の中で、それもこれまでの裁判所とは独立に新しい理念、目的をもった少年のための裁判所を創設しようとする機運が高まった。特に少年手続に積極的な試みをしてきたマサチューセッツ州において立法の努力がなされたが、法案は否定され、イリノイ州において1899年4月21日「扶助を要する少年、放任されている少年および非行のある少年の取扱いと制禦を規整する法律」いわゆる少年裁判所法が制定された。以後、プロベーションと少年裁判所制度は手を取り合ってアメリカ各州のみならず、世界各国に大なり小なり影響を与えたのである。

2 大いなる夢と希望をもって創設された少年裁判所は、それにもかかわらず抵抗、批判を受けた。おおむね次のようなものである。「デュー・プロセスによらないで基本的人権を奪った」、「陪審による審理を奪われた」、「上訴権を奪った」、「不平等な科刑であり、法の平等保護に反する」。しかし、こういった憲法問題として少年裁判所の基盤さえ壊そうという批判は、1920年代までに下火になった。そこには大人や成人犯罪者の悪い影響から何とか少年達を救済しなければという姿勢が一般に認識され、承認されてきたと考えられる。ところが少年裁判所は1950年代からかってよりも厳しい批判に直面せざるをえなくなった。<sup>(4)</sup>すなわち、全てでは決してないが、少年保護の実情は、自らその批判の中から生れたかつての House of Refuge に向けられたのと同様の事態に墮していたのである。小型の刑務所化した少年施設に、何ら手続保障をしないで送致させることは一体全体黙認できるものかどうか、少年自身からも、法律等の専門家からも、疑問が提起された。その勢いの頂点は1966年ケント判決<sup>(6)</sup>に続く、ゴールト判決<sup>(7)</sup>であろう。我国でも少年法改正の論議の中で大いに示唆を与えた判決であり、ゴールト以後の一連の判例について多くの解説がなされているところであるので本稿では簡単に触れる。

ゴールト判決は「憲法上のデュー・プロセスの保障は少年手続の事実審理場面にも妥当する」と判示した。そして、少年保護手続の利益とデュー・プロセスを否定した結果とを比較した場合、少年保護手続の利益は幻想にすぎない。そしてまた、少年施設への送致は州による重大な自由の剥奪であり、成人犯罪者の拘禁に等しいのであって、例えば、成人なら罰金刑で済むところ、少年の故に長期間拘禁されることになるというのは、憲法上の平等保護違反である。以上のような理解から、少年手続にも、成人の刑事手続上要請されている被疑事実の告知、弁護人依頼権、黙秘権、証人対面権を認めたのである。

さらに、1970年ウィンシップ判決では証拠の基準が問題となり、従来民事的な「証拠の優越」を基準としていたが、それに対して「合理的な疑いを越えた」という成人刑事手続における基準を少年手続にも拡張すべしと判示した。

成人刑事手続で要請されるものを少年手続にも適用し、認めていこうとする連邦最高裁判所の姿勢は陪審審理を受ける権利を認めるところまで進んでいくのかどうか注目されていた。ところが、1971年マッキーバー判決において、陪審審理については否定されたのである。この判決に対しては不満足 of 意を表する人もいれば、胸をなでおろす人もいよう。種々の解釈のところであるが、少くとも、少年保護の真の解決は手続を刑事手続に近づけることではないとして、刑事手続化に歯止をかけたことになろう。<sup>(8)</sup>

以上、米国での少年裁判所制度の成立、批判を簡単にみてきたが、パレンス・パトリエ思想というのは手続を全く無視してもよいというように楽観的なものであったのかどうか、さらに歴史をさかのぼって、パレンス・パトリエの母国、イギリスの歴史をさかのぼって検討していこう。

(1) 参照 HURLEY, TIMOTHY D., ORIGIN OF THE ILLINOIS JUVENILE COURT LAW (1907). Mennel, *Origins of the Juvenile Court, CRIME AND DELINQUENCY*, January 1972. なお、制度史上1603年アムステルダムの特別懲治場で少年を成人とは別に取扱ったことは有名である。

(2) Mennel, *supra* note 1, at 71.

- (3) 柳本正春著「英米における犯罪者処遇」(昭和47年) 参照。ERIKSSON T. THE REFORMERS (1976) at 152-158.
- (4) 拙稿「米国少年裁判所におけるパレンス・パトリエとデュ・プロセス」早稲田大学大学院法研論集第11号(昭和50年)を参照されたい。
- (5) Mennel, *supra* note 1, at 74-75.
- (6) Kent V. United States, 383 U. S. 541 (1966).
- (7) In re Gault, 384 U. S. 987 (1967).
- (8) 拙稿「米国少年裁判所における弁護士役割」早稲田法学会誌第26巻(昭和51年)を参照されたい。McKeiver V. Pennsylvania, 403 U. S. 528 (1971).

### Ⅲ パレンス・パトリエの源流

イギリスの封建時代においては、財産を残して死亡した領民に未成年の相続人があった場合、領主がその後見人となって、その相続人が成年に達するまで、残された財産を管理することができた。当時、後見人は権利を有したが、義務はなかった。すなわち、12, 13世紀頃のコモンローにおいては、後見人が被後見人の養育、教育のために、相続財産の収入を運用することはなかったようである。<sup>(1)</sup>これは現代のイギリス法における後見の内容(財産に関係なく子供の身体世話、看護をする)とは相違がある。

ところで他方では、土地財産のない児童一般に関する後見ということについては全く備えはなかった。<sup>(2)</sup>したがって、一般に、孤児は関わりのある友人、親戚に預けられた。

それでは、国王はどのような関わり方をしたのであろうか。まず、死亡者が国王から直接に土地を下封され(直封土地保有 *tenancy in capite*)、未成年の相続人を残した場合である。この場合には、前述の領主が領民の未成年相続人の後見人となる関係と同様に、領主の位置に国王が立つことになるのであり、国王は未成年相続人の後見権を得たのである。次に、遺産相続人が心神喪失者であった場合である。この場合、領主が未成年者の後見人となる原則は否定されず、成人に達するまで後見権は当該関係者の手に残されたのであって、結局、国王は成人のみの心神喪失相続人の後見権を手にしたのであ

った。かくして、イギリス封建時代には国王の親権は相続人に関してのみ行使され、児童についていえば、直封土地保有の付随負担として行使されるにすぎなかった。

このようにみてくると、イギリス封建時代は国王（中央政府）が全く貧困児童の保護の準備をしえなかった理由は、当該児童保護に対する関心もまた権力もなかったからであるといえそうであるが、実際には、それよりもむしろその必要性に乏しかったためのものである。<sup>(3)</sup>つまり、十分な保護といえるかどうかは疑問であるが、荘園社会あるいは教会というものが当該児童の面倒をみたという事情があった。このようなことから、貧困児童の保護に国費を負担することが認められるようになるには、封建制崩壊後1世紀以上も経た1763年の救貧法（An Act for the Relief of the Poor）を待たねばならなかった。

近代法概念たるパレンス・パトリエという言葉を最初に用いたのは1722年の *Eyre v. Shaftsbury* 判決<sup>(4)</sup>であった。この事件は未成年少年の後見と母親の親権とが問題であったが、衡平法裁判所は少年の後見人の許可を得ないで為した母親の行為を非難する判決を下した。その中で次のように理由を述べた。「全て臣民は国王の保護の内にあるものと考えられる、そしてその理由から、自分自身の用を済ますことのできない心神喪失者および狂人に対しては *pater-patrie* として国王により備えがなされているものであり、しかも、それと同じ理由で未成年者に対してもこのような保護が拡張されるものである<sup>(5)</sup>。以後、このように述べられた国王の特権を衡平法裁判所は継受することを主張していく。そして児童の福祉に関する衡平法裁判所の管轄権に対する疑問は1828年の *ウェレズレイ* 判決<sup>(6)</sup>で終止符が打たれた。しかしながら、イギリス衡平法裁判所の権限にはいくつかの制約があった。例えば、当該裁判所の権限は児童よりむしろ親あるいは後見人に向けられていたし、児童に対する親権を直接行使するに必要な設備とか社会施設とかを欠いていたのである<sup>(7)</sup>。非行少年を含む少年保護のための特別な裁判所成立まであと一步のところまできたイギリスのパレンス・パトリエ思想および少年裁判所制度の発展はア

メリカに渡って開花することになる。ともあれ、歴史的にみると、パレンス・パトリエ思想には精神病者の保護と少年の保護とが同じように含まれていると理解しうる。

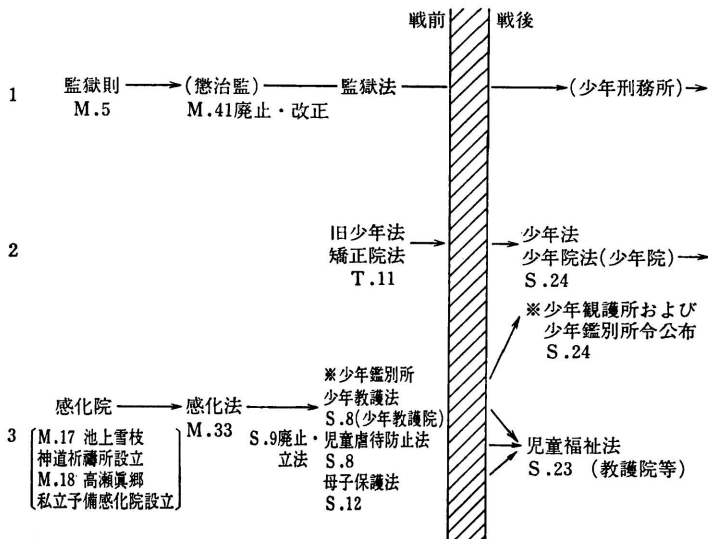
- (1) Note, *The Parens Patrie Theory and Its Effect on the Constitutional Limits of Juvenile Court Powers*, 27 UNIVERSITY OF PITTSBURGH LAW REVIEW 894. (1966) 参照。
- (2) ある市 (Borough) では慣行上孤児のための養育の義務を負っていた。Id. at 896.
- (3) *Ibid.*
- (4) 24 Eng. Rep. 659.
- (5) Id. at 664.
- (6) *Wellesley v. Wellesley*, 4 Eng Rep. 1078. 衡平法裁判所が厳格なコモンロー手続を妨害せずに問題解決の実質的利益を得る方法として「信託」Trusts という方法が有効であり、まさにこれがエクイティの特色であったわけである。少年の後見の問題についてもこの「信託」を類推して実質的な少年の利益を獲得したのである。
- (7) Note, *supra* note 1, at 898.

#### Ⅳ 我国の少年処遇

我国における少年の取扱いについてみておこう。

1. 明治以降の近代法制になってからの法の歴史をみて簡単な図にすると以下の<sup>(1)</sup>ように示すことができる。

図のように三つの系列に分けられる。第1の流れは刑罰の流れであり、自由刑の執行、すすんで行刑場面での青少年受刑者の取扱いの流れである。第2の流れはアメリカ少年裁判所運動の影響も大きい少年法の流れである。第3の流れは民間の不良少年対策事業を国が公的制度に組み入れていった感化事業—児童福祉の流れである。この図からも明らかなように、児童の福祉ということが純粹の形で法制化されたのは第3の流れである。そして、国家組織<sup>(2)</sup>からすると第1と第2の流れは法務省管轄であることからすると、少年法



の位置づけが単純に割り切れないものを含んでいるということである。少年法の理念「少年の健全育成」ということがパレンス・パトリエ思想を背景にしていることは疑いないが、問題は「非行ある少年に対する性格の矯正」ということの理解であろう。保護処分を保安処分の一種と理解もできる。国家の制度として存在するからには単なる少年のニードということで済まない、諸々の社会的要請を含めた理解となろうが、ともあれ、さらに我国の少年の処遇の歴史を遡ろう。

2. 古来、我国では刑事制裁については唐の律令の影響を受けた。それを倣って制定された718年の養老律令の中で、少年に関して次のように定めた。16才以下を少年とし、18才～16才まで限定責任能力者、7才以下は責任無能力として刑罰の対象外とする。16才以下には鈇(足かせ)を付せず、10才以下は枷(首かせ)・鈇を付せず杻(手かせ)のみとする。ただし、成人と少年を区別したといっても、ある種の少年に対する寛刑が考えられたにすぎず、通常は大人と同様に厳しく処断されていた。記述に残されたものでは1253年吾妻鏡の中で成人と異なった少年の取扱いに触れている。少年のけんか刀傷<sup>(3)</sup>

の件について、律令に準じて科料もしくはその身を収める（少年拘禁）刑を科したという記述が残っている。ただ、拘禁（こうごん）というのは現代でいうと自由刑と同じものらしいが、確かではない。そして、その後の歴史をみると中世武家戦国時代は少年にとってさらに厳しい処罰の時代であった。少年について明確に法制化されたのは1742年徳川幕府8代將軍吉宗の時代に大岡忠相の編さんした「公事方御定書」であった。第79条には「一、子心にて無弁人を殺候もの捨五才迄親類え預置、遠島。一、子心にて無弁火を附候もの右同断、遠島。一、盗いたし候もの、大人の御仕置より一等輕可申付、一、捨四才以下之無宿者、途中、其外にて、小盗いたし候におゐては、非人手下と定められた」。さらに1772年には15才未満の幼年を敲刑にする場合には過怠牢に換刑と定めた。

1790年に設立された、行刑史上画期的な人足寄場の中にも少年に対しての特別な取扱いがみられる。その一つは、「外使（そとづかい）」というもので、行状のよい信用のおける者達に対する、現在でいえば外出制度（あるいは釈放前教育）ということを行っていた。さらに、幼年人足預け置きということも行なわれていた。これは現在では試験観察（補導委託）のようなものであろうか。人足寄場それ自体は後年刑罰的色彩を帯びるに至ったが、そこでの成果は少年行刑にも多大の影響を与えたものであった。少年に対する教化・改善思想の制度的芽ばえはここに始まったと言えよう。

- (1) 法務総合研究所「犯罪と犯罪者処遇の100年」研究部資料第24集（昭和43年）にもとづく。
- (2) 少年鑑別所は成立時は少年教護の系列にあったのだが、戦後、法令により法務省の管轄に編入された。むしろ家庭裁判所直轄の施設とすることが妥当であったかもしれない。
- (3) 重松一義著「少年懲戒教育史」（昭和51年）、矯正協会「日本近世行刑史稿」（昭和49年復刻）参照されたい。

## V 少年年令

いったい我々は何才までを少年とし、何才から大人とすればよいのであ

うか。少年法改正論議の一つに少年年令の問題があった。年長少年事件の凶悪化、事件数の増加、社会的成熟度、諸外国の年令基準等の理由が示されはしたが、いずれも批判に耐える理由とはなっていない。<sup>(1)</sup> それにもかかわず、年長少年には成人並みの手続という主張が根強い。本稿で少年年令そのものの検討をする余裕もなければ、能力もない。ただ少年問題の本質的な解決と手続との結びつきということについて再考しなければならないと考え、その一つの作業として、我国の現行法のいくつかの法分野における年令の設定とそのねらいを調べてみる。

前章でみたように、我国では8才～15才までの少年に対しては何らかの特別措置が考えられてはいたが、<sup>(2)</sup> しかし国家的規模で少年に対する取扱いが制度上明確化されたのは明治以降である。一つは刑法における14才未満の責任無能力の規定であり、もう一つは旧少年法の18才未満（現行20才）の少年年令である。もちろん、周知のように民法第3条「満20才を以て成年とす」の規定が広く成人年令の基準として社会一般を規整しているわけである。<sup>(3)</sup> ところで、実際生活では民法753条「未成年者が婚姻をしたときは、これによって成年に達したものとみなす」の規定により未成年であっても大人と同じに考えられる。民法731条では男は満18才に、女は満16才にならなければ婚姻することができないとされる、つまり親の同意があった18才以上の男子と16才以上の女子は成人とみなされるのである。さらにまた、民法第6条で、営業許可のおりた未成年者はその営業に関して成年者と同一の能力を与えられる。<sup>(4)</sup> 遺言についての規定民法第961条をみると、その中では15才以上の者に遺言能力を与えている。民法でのいくつかの規定をみただけでも、法定の成人年令を20才としているが、実生活の中では未成年者であっても成人同様に扱わなければならないいくつかの社会的要請が民法に反映しているわけである。<sup>(5)</sup>

労働法に目を移そう。労働基準法では第5条に労働最低年令を定めている。第一項では満15才に満たない児童は、労働者として使用してはならないと規定しており、第2項、第3項では、例外的に年令を下げている。但し同法第



60条では、18才未満の未成年者使用に条件を付しているし、さらに第62条では深夜業について条件をつけて満16才以上の男子にのみ許している。<sup>(6)</sup>労働法関係の条文を検討すると、結局、労働法では年令の基準は学校教育年令との関連で決定されている。<sup>(7)</sup>

次に児童福祉法関係をみる。児童福祉法は児童を満18才に満たない者をいうとし、第4条では児童を区分して、乳児（1才未満）、幼児（1才～小学校就学の始期まで）、少年（小学校始期～満18才に達するまで）と規定している。また、東京都青少年の健全育成に関する条例は第2条の1で青少年とは18才未満としている。同様に、風俗営業取締法は第4条の3で年少者とは18才未満をいうものとしている。

刑法、少年法が満20才を成人年令としていることは言うまでもないが、刑事訴訟法における証言能力について触れておこう。訴訟法上、何才から証言能力を認めるかは規定がなく、裁判所の個別的判断によるのである。従って、児童の証言能力に関する判例をみると、証言能力を認めた判例としては、強盗事件について11才の小学生に証言能力を認めた判例がある。「……この程度の年令の者は絶対に証人たる資格がないとはいえないのであって、同調査記載の同証人の供述内容から見ても同人は本件強盗の被害当時の状況について、詳細に記憶しているその実験事実を順序良く訊問に答えて陳述報告しているものであって、事理を弁識する能力を備えていた者と認めるべく……」<sup>(8)</sup>。さらに年少者の証言能力を認めたものとして、6才の少女の証言能力を認めた広島高裁判決がある。<sup>(9)</sup>証言能力の判断は当該事件の当該事項についての証言に限定された当該年少者の弁識能力といったものを認めるということであるから、証言能力の年令基準一般というように普遍化してはならないことに注意を払わねばならないが、12.3才の児童であるなら、一定の条件（大人でも同じ条件と思われるが）のもとでは成人に劣らず事実の認識能力をもっている可能性を認めたことになる。

以上、いくつかの法分野における年令をみて、修学年令との関係が密接であると思われる。今日の高校進学率の傾向からすると「18才」が一つの大き

な基準のように思われる。これからすると、少年法における少年年令の引下げを必要とすることが、他の法制の実質からも妥当と言えそうである。しかし、ここでもう一度学校教育年令との関連について、将来のある程度の予測も含めて見直してみよう。その場合学歴社会と大学（各種学校も含む）への進学率の上昇を前提としておこう。苛酷な受験競争が受験生のみならず、その予備軍である学生、生徒にマイナスの影響しか与えないことは一般に認められている。さらに受験教育体制がその他の者にしわよせをしている時、その中で育った少年達が、さらにその上の学生という特権階層（集団）の中で培養されることになるなら、人格的成長は遅れ、思春期を長い時間をかけて経過することになる。それならばむしろ、年令を22才（通常の大学卒業年令）にあるいは24才（総理府の青少年と定義する年令）位にまで引上げることを検討することも必要になろう。

- (1) 澤登他「展望少年法」（昭和43年）168頁—174頁参照。
- (2) 重松前掲書、同く「日本刑罰史年表」（昭和47年）参照。
- (3) 皇室典範第22条で皇室の例外を定めている。天皇、皇太子、皇太孫の成年は18才である。公職選挙法第9条①は満20才の成人に選挙権を与える。
- (4) 営業との関係で商法第5条に登記義務を規定している。同じく商業登記法第43条。
- (5) 道路交通法第88条の免許の欠格事由の規定から、16才から自動二輪、18才から普通自動車、大型特殊等、20才以上で大型免許を取得できる。
- (6) 禁止業務の種類については女子年少者労働基準規則第8条1～46号、第10条1～5号に定めている。
- (7) 内容からすると、戦前、第一次、第二次の工場法（1926年）で認められていた前借年期契約、強制貯金制度という悪しき慣習を妨ぐことが主眼であろう。
- (8) 昭和23・4・17最高裁判所刑事判例集2-4-364。
- (9) 昭和28・4・28判決、高等裁判所刑事判決特報31—71。
- (10) 教育の理念、目的は生徒の人格の完成ということである。そこでは善悪の判断力と正誤の判断力の両方を育ててほしい。例えば、数学の計算問題があったとする。これに関する解答は正誤の判断の問題である。計算に間違っただということが悪いこと（悪い人間、価値的に低い人間）と判断するようなことを学校教育の中で許すものであるなら生徒の人格を歪め、ひいては教育の自滅になる。少年法と

手をつなぐ教育法の現状に高見の見物はできない。ただ次章では教師自身や教育をとりまく現状を一応置いておき、理念についての検討のみをしている。

## Ⅵ 学校教育における学生処分

本章では、近時司法的判断の対象とされ教育法上重要なテーマとなっている学生処分の問題を検討し、私見の一助としたい。<sup>(1)</sup>

懲戒処分の法的根拠は学校教育法第11条に「校長および教員は、教育上必要があると認めるときは、監督庁の定めるところにより、学生、生徒及び児童に懲戒を加えることができる。ただし、体罰を加えることはできない」と規定され、学校の裁量となつてはいるが、しかし、その裁量の範囲は絶対なものではない。教育者として裁量権をふるえるところと必ずしもそうではないところがあるとされる。懲戒処分は学校が教育目的を維持実現するための自律的作用であり、専門家としての教師の判断に委ねることが必要であらう。<sup>(2)</sup>しかし、不利益を受けるのが、教育を受ける権利を有する学生であるとすれば、裁量にも限界はあらう。裁量権の範囲には次の四つに分けて考えられる。<sup>(3)</sup>

1 被懲戒者の事実行為の有無。2 懲戒権発動の有無。3 懲戒処分の選択。4 懲戒手続の公正。1はいわゆる事実認定ということであり、事実があったかどうか正確を期さねばならないところである。処分の出発点であるが、このような調査捜査機関のように教師にできるものかどうか。2は、学生処分を行なうかどうかの判断であり、最終的には校長と教育委員会で決定する。3は処分の種類（停学か退学かなど）と処分の量（1ヶ月の停学か6ヶ月の停学かなど）ということを事実を照し、先例があればそれを考慮に入れて選択する。4はいわゆるデュー・プロセスの保障である。

さて、以上の4つの段階のうち、全く教師の専権であるのは2の懲戒権発動の有無ということである。処分をするかどうかは外的圧力で決められるものではない。3については停学処分と退学処分の本質的差異に注意をし、決定しなければならないであらう。特に退学処分は学生の本来的な権利である

学習権を奪う結果になるわけで、しかも教育効果は無であるところへ放置することになるのであって、慎重な検討が必要なところである。ただ、停学処分は個々の学校の慣行もあり司法審査になじまないであろう<sup>(4)</sup>。

特に問題となるのは1の事実行為の有無を調べることである。学内でのケースならばある程度は調べるが、学外であってはほとんど不可能であるし、本来、教師として学生を被疑者のように扱うことは不適任であろう。したがって、あまりいい加減な調べで事実を確定してしまう場合には、教師の責任問題になろう。さらに4については従来職員会議（教授会）の専権とされていたが、近時疑問が出されている。憲法第31条の適正手続の保障は行政手続にも適用されるかどうかという問題になるが、適用を認める下級裁判所判決もみられる。学生にとって不利益処分を受ける結果になるし、教育効果としても本人の弁明を聞かずに一方的な処分をすることはマイナスとなろう。少くとも教育者はそういう姿勢を持たねばならない。したがって、学生部長その他による事情聴取および担当委員会における本人の弁明を聞くこと、そして職員会議（教授会）決定に際してそれらが資料として提出されて慎重を期すことが要請される<sup>(5)</sup>。

- (1) 兼子仁著「新版教育法」（昭和53年）永井憲一、堀尾輝久「教育法を学ぶ」別冊ジュリスト「教育判例百選」（1973）参照。
- (2) 最高裁昭和29年7月30日判決，昭和28年（オ）第525号および第745号事件。
- (3) 橋本公亘，前掲書「教育判例百選」99頁。
- (4) 和田英夫，前掲書「教育判例百選」101頁。
- (5) 外間寛，前掲書「教育判例百選」107頁，なお室井力，前掲書「教育判例百選」109頁では懲戒手続に生徒会代表や父兄代表の参加を今後の課題としている。（但し，高等学校のケースに関して）。

## Ⅶ おわりに

パレンス・パトリエ思想にあって、少年の保護のためにデュー・プロセスの保障を否定することに寛容であるのかどうかの問題であった。確かに、パ

レンス・パトリエ思想の中には手続形式にこだわらないという考えがあることは前にふれたが、手続を全く無視して、あいまいな事実関係の認定にもとづき、少年を評価することをよしとしているものであろうか。Ⅲ章の註で述べたように、衡平法裁判所の方法は、形式的にはコモンローの手続を尊重して、実質的な利益、問題の解決を計ることに意義があった。形式性からくる当事者の不利益をあらゆる方法を検討して回避することが良心の府として許されたのである。ただその場合でも、事実関係をあいまいにして手続を進行させることは認められないと思う。前章でふれた教育的な学生処分でさえも、その事実認定はあいまいなままで手続が進行することは行政法上違法ということになろう。少年法で謳う「少年の健全育成」の理念は、教育基本法の「心身ともに健康な国民の育成」、児童福祉法の「心身ともに健やかに育成する」という理念と同一であって、それぞれがその法分野の理念としてあると理解する。教師と生徒の関係よりもさらに深い親と子の間での懲戒行為においてはどのようなものであろうか。民法822条は親の懲戒権を認めてはいるものの子供の不行跡に関して、何ら事実を確かめずにしうるものであろうか。親が自分のその時の気分でいい加減に子供をしかることが心理的に子供に大変悪い影響を与えることは心理学でも指摘されているところである。かつて「家」制度の時代にはこの悪弊が日常的にあったであろう。子供の自殺が近時多いと言われるが、戦前のそれも統計上少なくともなかった理由も、この辺に原因の一つがあるかもしれない。いかに信頼関係のある親子関係にあっても、親には踏み越えてはならない限度がある。まして、信頼関係のない親子関係ではなおさらである。年少の子だからと言って親のエゴ、偏見は慎まなければならない。

このように親子の間でさえ子供の言い訳を聞く、事実を確かめる、冷静に対処することが要請されるものであるから、国はなおさら少年のためにするならば、少年の言い訳を聞き、対象事実を確かめ、その少年に合った取扱いを考えねばならない。これはパレンス・パトリエ思想の当然の内容である。したがって少年保護手続を裁判所で扱うことについては妥当な線にそって

いるが、問題は事実の認定に関する慎重な態度と対象少年に合った処分に関する検討である。保護のための弾力的な手続の要請と事実認定の厳格な調査とは両立が困難である。この点については拙稿（前掲、米国少年裁判所における弁護士役割）で若干の検討をしたので参照されたいが、少なくとも少年のための専門知識のある弁護人を必要なものとすることによって、一部の障害は妨げるものと思われる。権利意識の強い現代の少年に対しては、公平な審判を受けているという実感それ自体が保護に結びつくものと思われる。

次に、少年保護の年齢設定の問題である。第Ⅴ章で現行法の年齢をごく一部ではあるが検討したが修学年令との関連が顕著である。我国の高等学校教育への修学が義務教育化している現状からすると、18才（通常の高校在学）という年齢がひとつの基準として考えられる。とすると18～20才の間の少年層が従来の少年保護の方法で妥当か否か、そこには法務省が改正要綱で提起した問題がやはり残る。ところで、数人の少年が不行跡を行ない彼らに対して何らかの措置をとりたいという場合、しかもその少年の年齢が年少から年長にわたっている場合に、どのように対処することになるか。手続的には年長も年少も同じでよいと思われる。何故年少の者と年長の者を同じ順で扱わないか、理由をつけることがさらに困難に思われる。年長と年少の違いは処分の重さで差をつければよいと思われるのである。その意味では現在の保護処分は早急に多様化される必要がある。大人に近い少年はそれなりに責任を負わねばならないし、それなりの厳しい教育を自覚しなければならない、という意味である。勿論、年長だからという理由だけで何も厳しい処分を決定されるものではない。

現在、児童福祉法の手続、少年法の保護手続と刑事手続というように分れているが、年長少年に対する特別な手続を加えると、少年に対する手続は4つになるわけである。特別手続の背景に法務省と裁判所のなわばり争いの妥協というようなことがあるとすれば、これは論外である。少年のための制度としていかに有効か、少年のために改正をすべき点はどこか、を検討してほしい。論者は、もしも処分がよい意味で多様化されるならば、手続は少年の

保護か刑事処罰かというように二分するだけで現在は十分であると思われる。さらに年令も22才まで引上げる方が少年保護の理念にかなうものと考えている。あまりに凶悪な少年のケースは家庭裁判所の判断で刑事手続に変えればよいと思うからである。

本稿は、昭和54年12月11日比較法制研究所所員研究会において「少年保護の思想」と題して発表した原稿の一部を若干手直したものである。細部の検討は後日に期したい。